

修士論文 要旨

平成13年度 修了生

生存権と介護保険制度

武 藤 哲 仁

1 序論

我が国の高齢化現象は急速に進行しており、21世紀は本格的な高齢社会を迎えるといわれる。介護保険制度は本格的高齢社会に対応するための新しい介護保障システムとして創設されたが、制度がスタートして一年以上が経過しているいま、問題点も次第に顕在化しはじめてきている。こうした問題点は、単に新制度発足にともなう一時的な混乱に原因があるのではなく、同制度の構造に由来しており、これらの問題点の解決には介護保険制度の改革が必要となる。

介護保険制度を論じるにあたり必要なのは、生存権的視点から制度のあるべき方向性を考えるということである。このような視点から制度を検討することにより介護保険の改革が憲法の生存権理念を基礎に置いたものとなり、介護保険制度は国民の生存権を保障する真の介護保障制度に近づくと考えるのである。本稿では、介護保険制度を憲法の生存権理念を基礎に置いた介護保障制度とするために、同制度に対する改革案を示すことを目的とする。

2 本論

生存権の法的性格をめぐる学説は大きく①プログラム規定説、②抽象的権利説、③具体的権利説に分かれてきた。このような憲法学説の展開に対して、社会保障法学説の立場から、従来の憲法学では、政策ないし立法策定指針というレベルでの権利という視点が裁判規範としての効力いかなの問題と直接には関わらないことから、法的考察の対象外に置かれてきたのではないかと

いう指摘があり、社会保障法分野においては、個別実定法規の解釈基準にとどまらない、法制度改正を領導する指針・理念の抽出こそが要請されており、生存権について、裁判規範としての権利という視点のみではなく立法策定指針というレベルでの権利の意義にも着目すべきという見解が示されている。^{*}この説によれば、生存権理念を立法策定指針と捉え、介護保険の介護サービス保障等が生存権的権利を十分に保障していないと判断される場合には、法改正にあたり、生存権的権利を十分に保障するだけの介護サービス保障の整備が憲法規範的に要求され、介護保険制度を充実した介護保障制度とすることができる。このような生存権の捉え方は、介護保険法を含めた社会保障法分野を憲法の人権規定（生存権）によって基礎付けようとするものであり、本稿ではこのような立場から同制度を検討した。その結果、現行の介護保険制度には、生存権的視点から幾つかの問題点があることが分かった。例えば、給付要件に関する問題点について見てみると、介護保険は40歳以上の者を被保険者としているが、第二号被保険者（40歳以上65歳未満の医療保険加入者）の場合は、要介護状態の原因が問われ、加齢に伴う疾病（特定疾病）が原因で介護が必要になったときのみ介護保険の給付があり、現実には第二号被保険者の大多数が介護保険の適用を受けていない。介護保険制度は「必要な保健医療サービス及び福祉サービスに係る給付を行うため、国民の協同連帯の理念に基づき介護保険制度を設け」としながらも（介護保険法1条）、要介護者を限定的にしかカバーしていないという問題点があるのである。この他にも、生存権的視点から、自治体の福祉機能に関する問題点、要介護認定に関する問題点、負担増加に関する問題点等を挙げている。

3 結論

最後に、介護保険制度の具体的な改革案を提示して結びにかえる。給付要件について見てみると、第二号被保険者について、特定疾病が原因で要介護状態となったときのみ介護保険の給付の対象とする現行制度は改正する必要がある。介護保険制度を生存権の理念を反映させたものとするためには、年

齢に関係なく原則として全ての人々の介護ニーズを保障するべきであり、第二号被保険者の場合も要介護状態となった原因を問わずに保険給付を受けることができるように制度を改めるべきである。この他にも、自治体の福祉機能、要介護認定、負担増加、人材育成等の各点について改革案を示している。

本稿では示すことのできなかった介護保険の改革課題は多数存在するであろうが、これらを検討するときに必要なのは国民の生存権の保障という視点であり、この結果得られたものが、国民の生存権を保障する真の介護保障制度になると考えるのである。

* 菊池馨実「生存権と介護サービス保障」『民商法雑誌』118巻4・5号87頁。

《税法研究》

フリンジ・ベネフィットの課税問題

——使用者の便宜基準を中心として——

郭 記 洙

本稿の主旨は、日本の所得税法36条、同法9条1項6号と、米国の内国歳入法典61条、同法119条とを対比して、フリンジ・ベネフィットの所得税法上の取扱い及び課税の変遷等を比較検討する点にある。

所得概念には大別して消費型所得概念と取得型所得概念があり、取得型所得概念には制限的所得概念と包括的所得概念とがある。

現行所得税法は、納税者個人に発生・帰属した経済的利益の全てを所得として捉え、非課税所得に該当しない限り、その所得の生じた原因又は法律関係の如何を問わず課税の対象となる課税所得を構成するという包括的所得概念を採用している。この経済的利益の一つとして、フリンジ・ベネフィットがある。すなわち、従業員等が使用者からうける現物給付、社宅や体育施設、保養施設に係る福利厚生的な付加給付がこれに該当する。

米国の内国歳入法典61条は、日本と同様に包括的な所得の定義をしている。

また、判例において、所得が包括的に捉えることにつき、Glenshaw Glass Co., 事件において、懲罰的損害賠償金が所得を構成するかにつき、富を増加させることは間違いなく、制定法が所得を広く定義しているので、所得とみなされると判示した。

米国におけるフリンジ・ベネフィット課税は、個別規定を設けることによりその課税関係を法令化する方向にある。

また、フリンジ・ベネフィット課税の判例上確立された基準として、食事と宿舍のベネフィットに関して、使用者の便宜基準がある。これらの主な判例は、その条件等により以下のように分類することができる。

①使用者の便宜基準を主な論点とした判例

②食事と宿舍の定義を主な論点とした判例

③雇用の条件を主な論点とした判例

④事業所内の建物を主な論点とした判例

この使用者の便宜基準は1954年以前の判例を基礎として、1954年に I. R. C. § 119で成文化された。Goode は、この基準は有効に機能していないとしてこの基準を規定している I. R. C. § 119を批判し、食事及び宿舍によるフリンジ・ベネフィットも課税の対象にすべきであるとしている。だが、この確立された基準は、日本のフリンジ・ベネフィット課税の非課税規定である所得税法9条1項6号に影響を与え、また、フリンジ・ベネフィットの判例の解釈とその評価に有効に利用している。

米国でもフリンジ・ベネフィットの課税について問題があるように、給与所得者の受けるフリンジ・ベネフィットには、課税すべき利得なのか、本来課税されない利得なのか一概に明確にできないという問題がある。

日本のフリンジ・ベネフィット課税の概略は、米国の方向性とは異なり、非常に多くが通達により規定されている。この点は、租税法律主義からは問題視されうる。

また、フリンジ・ベネフィットを取扱った代表的な判例の一つとしては、京都地裁昭和61年8月8日判決及びその控訴審の従業員の慰安旅行としての海外旅行に関する判決がある。判決は所得税法36条と通達との関連に触れることなく、通達の解釈に終始した。

米国と日本では福利厚生に対する社会の認識が違うが、米国においては、少なくとも制定法により社会で容認される範囲でそのような規定が制定されている点は強調されるべきである。また、日本においても、使用者の便宜基準の考え方を解釈に応用することができるのではないか。

フリンジ・ベネフィットの課税根拠とする経済的利益の評価基準については、時価によるが、OECDの評価原則は、①被用者の受益額による評価、②使用者の提供コストによる評価、③市場による評価、④行政通達又は規則の標準による評価がある。

それらの中で、社宅のフリンジ・ベネフィットは、一人当たりの受ける経済的利益が大きく、また、企業間の格差が大きいため、課税の公平を害している。

社宅の評価基準は通達により定められているが、通達による評価基準は、固定資産税課税標準額をベースにするが、固定資産税評価額は第三者が自由に閲覧することができない。したがって、通達による評価の方法には実際上の問題がある。そこで、その評価額は借上げ社宅の場合で賃貸料の5%で実務上計算している。

そこで、課税の公平と租税法律主義の点から問題のないように、米国のフリンジ・ベネフィット課税に対する取り組み、及び判例を参考にして、現行通達による評価方法を法令による評価方法に改め、見直されるべきである。

納税者の給与所得者間における公平を実現するためには、フリンジ・ベネフィット課税に関するこれら多くの通達と評価方法を法令化し、その際に、非課税規定と評価方法を再考する必要がある。その際に、一つの原理として、使用者の便宜の基準を考慮することができる。

《税法研究》

所得税法56条に関する一考察

——「生計を一にする」を中心として——

藤 井 恵 美

所得税法56条では、「事業から対価を受ける親族がある場合の必要経費の特例」の規定を設けている。この所得税法56条の適用に関する重要な問題は、事業主とその親族が「生計を一にする」か否かという点にある。つまり、「生計を一にする」か否かによって、所得者の課税所得の計算が大きく異なる結果となる。所得税法56条は、①家族の間において給与等を支払う慣行がなく、②わが国では記帳慣行が一般的ではなっておらず、企業と会計との区分がはっきりしていないから、給与等対価の支払事実 zu 困難が伴い、③家族に支払われた対価を必要経費と認めると、恣意的な所得分割を許すことになる、という理由から規定された。しかし、重要な「生計を一にする」の文言に関しては、法令上定義がされておらず、現在では事実上不確定概念となっている。

「生計を一にする」については、一般的な社会通念に照らし、個々のケースに分類することにより、そこから判断を行わなければならない。通達や判例をみると、判断の基礎となるべき要因がいくつかある。一般的な判断の基準となるのは、①同一の家屋に起居しているか、②世帯は別か、③給与等の支給をしている場合に源泉徴収を行っているか、④食事は別か、⑤共通経費の精算は行われているのか、等の詳細な要因である。

さらに、「生計を一にする」に関する判例を研究すると、「生計を一にする」の判断基準を（イ）居住の様態、（ロ）外部的徴表、（ハ）税務における納税者の行為、（ニ）生活費の負担状況、（ホ）対価支給の様態、（ヘ）事業への専従性、（ト）勤労所得生活者としての実態、の7つに整理することができる。

(イ) 居住の様態において、30年前までは同居か別居か、という外形的事実を中心に判断を行っていた。しかし、次第にこの外形的事実だけを考慮するのではなく、食事面等に踏み込み、詳細な生活状況を中心として判断を行うようになってきている。したがって、この影響を受けて(ロ) 外部的徴表もそれほど重要性をもつことがなくなっている傾向にある。

また、(ハ) 税務における納税者の行為、(ホ) 対価支給の様態については、「生計を一にする」と判断された場合には補足的な要因となっている。ところが、「生計を一にする」と判断されなかった場合をみると、判定基準としての要素とはされず、判断するにあたっての影響力はほとんどない。つまり、納税者が自らの生計を別にするとして申告していたかどうかについては、これらの行為自体の税務上の正当性が問われているのであって、(ハ) (ホ) をもって判定基準とすることは妥当ではない。

これに対し、(ニ) 生活費の負担状況は中心的な要素をもっている。食事、水道光熱費等が納税者と親族が同じであっても、親族が明確に自らの負担分を支出していれば「生計を一にする」とはせず、納税者だけが負担していれば「生計を一にする」としている。

また、(ヘ) 事業への専従性(ト) 勤労所得者としての実態については、「生計を一にする」と判断された判例において(ヘ) が中心的な要素となっており、「生計を一にする」としなかった判例において(ト) が中心的な要素となっている。

以上から考慮すると、初期の判例においては絶対基準であった物理的な判定基準の意味が、現在では徐々に縮小している。一方、経済的な判定基準に基づいて、「生計を一にする」か否かの判断を行っている傾向にあることは明らかである。これは、その背景として家族生活のあり方が大きく変化していることにある。

したがって、外形的に認識できる物理的な事実から判断を行うだけでは判断ができず、より具体的に経済的な事実から判断を行わなければならない。

所得税法56条に関しては、「生計を一にする」の文言を法令上明確に定義

づけ、今日の多様化した家族の生活関係に合うように、いくつかの形式的基準を設け、その形式基準に当てはまるかどうかで、納税者とその家族が「生計を一にする」か否かの判定を行う。基準を設ける上で、最小限の要件を設けるだけであっても、納税者が予見性を判断できるようになり、様々な危険性が回避できる。これによって、所得税法56条は、今まで以上の機能を果たすことができる。

《税法研究》

法人事業税のあり方に関する一考察

——東京都の外形標準課税条例に対する

訴訟を契機として——

森 谷 謙 吉

序論

法人事業税に対して納税者は、所得に対して課税されるのは法人税・法人住民税と同じものであり、税率を上げる代わりに税目を増やしただけではないのか、などの疑問を抱いている。納税者が法人事業税に対してこのような疑問を抱いたままでは、法人事業税の納付に対して積極的にはなれないし、また、租税回避のインセンティブにもなる。

現在の法人事業税の問題点として、①法人事業税の性格が曖昧にされており、法人事業税に対する納税者の理解に誤解を与えている、②都道府県の税収を不安定にさせている、③赤字法人に対する課税がなされていない、などの点が指摘されている。

法人事業税のこれらの問題点は、課税標準が所得基準となっていることから発生しており、課税標準が外形基準であれば、これらの問題点が解決されると期待されている。

本稿では、現在の法人事業税の持つ問題点を解決し、その適正化を図ろうとする観点から、法人事業税への外形標準課税の導入を検討する。また、東京都外形標準課税条例の問題を検討することを通して、法人事業税のあり方を考察する。

第1章 法人事業税の沿革と性格

事業税は、明治期の営業税に始まる長い歴史を持つ税である。営業税創設

以来の法人事業税の性格は、企業の営業活動自体に内在する収益力に対する課税であり、公共サービスの対価であって、応益原則に立脚したものと言える。このような事業税の性格から、事業税は、事業の規模ないしは活動量、又は収益活動を通じて実現される担税力を測定する、なんらかの基準を求めて、これを課税標準として課することが望ましい。

明治期の営業税と現行の事業税の課税対象は、利益および所得や製造物それ自体ではなく、事業者の営む事業そのもの、とされている点に共通性がある。

第2章 法人事業税の概要と課税標準

法人事業税の税収額は、道府県民税の税収額全体の3分の1を占める。現在の法人事業税の税収額は、所得基準を原則としていることから、景気に対する変動が大きい。課税標準を外形基準化することで、変動の幅を抑えることができる。

赤字法人には、法人事業税は課されないが、負担の公平の点で適当ではない。法人の赤字原因は、単に景気の影響だけとは言い難い面がある。企業経営者による、私的経費の法人経費化などにより、赤字申告となっているものも含まれ得ることが指摘されている。赤字法人の問題については、まずは執行面での対応が重要であるが、税制面でも、赤字法人となっている実態を十分見極めた上で、幅広い観点から検討を行うことが必要である。

第3章 東京都外形標準課税条例の問題点

東京都外形標準課税条例の問題点は4点ある。①租税公平主義に違反しているか否かについては、免税点としての基準をどのように設定するかは、立法者の広い裁量に委ねられていると言える。事業税の場合、具体的には地方税法第72条の19で規定する「事業の情況」に該当するかどうかによるが、事業税本来の性格からすれば、業種を区別すること自体には合理性がある。②条例制定の手續に問題はなかったか否かについては、納税者の条例施行前の

了解を、新税導入の合憲要件とはできない。③「事業の情況」の意味するところは、事業税の本来の性格との関係から検討されるべきものであり、「事業の情況」とは、所得基準による課税では事業活動の規模を適正に現すことができないような情況、という広い概念で捉えるべきである。④実質的負担の公平は保たれるか否かについては、具体的な金額として将来の税収を予測することは困難であることからすれば、過去の税収実績に基づいた金額と比較して、著しく変動してはならない、とする規定であると考ええる。

また、予防的訴訟の必要性については、外形標準課税条例による具体的な（不利益）処分を待って行政訴訟を提起するのでは回復し得ない損害が発生するか、という点が判断要素となる。この点、条例の制定自体は行政処分ではなく、また、訴訟提起段階では、具体的な納税義務の発生とその額は確定していない。したがって、訴えの利益は存在しない。

おわりに

法人事業税の外形標準化は、あくまでも、全国一律導入とするのが望ましい。税率は各都道府県で異なることはあるかもしれないが、その場合でも、比例税率であることが望ましい。東京都の銀行業に対する外形標準課税条例も、その延長線上にあると考えられる。

《税法研究》

農業所得標準に関する一考察

泉 武 彦

農業所得に対する課税については、従来より、農業所得標準によって算出された所得金額をもとに課税がなされてきた。

農業所得標準とは、農業に係る所得について、田畑等の耕作面積や牛豚等の飼育頭数など単位当たりの標準的な所得金額を、毎年の作柄等を調査し作成するもので、単位当たりの標準的な所得金額と納税者各人の耕作面積や飼育頭数などの課税の基本となる要素に基づいて、所得金額を算定するための基準である。

農業所得標準は、第一点として、長年の慣行により農業所得の推計方法として定着していること、二点目として、農業所得標準による所得金額の算定方法が耕作面積や収入金額などを課税の基本となる要素としているため、記帳のない農業所得者であっても所得金額を容易に計算することができること、三点目として、実務上、農業所得標準によって所得金額を計算し、申告した者については、課税の基本要素（耕作面積、収入金額、収穫量等）等に誤りがない場合には、あえて更正しない取扱いをしていることなどの理由から、白色申告の大多数の農業所得者にとって法則的に利用されており、この面からは、一応の行政先例法的性格を有するものとして考えられる。

しかし、農業所得標準に行政先例法的性格が認められ、納税者及び課税庁側のすべてが農業所得標準による所得の推計方法に拘束されると解することには、若干の疑問の余地が残されよう。

農業所得標準は、標準の作成地域内の作物別や耕作形態別に作成されているほか、地力等などの要素なども考慮されていることから、かなりの個別的類似性を帯びたものとなっているとはいえ、真実の所得金額に対する近似性

という点からみれば、納税者本人の比率や同業者率に比較すると劣るものとなる。しかし、帳簿書類等がない場合や帳簿書類がある場合でも不十分であるときには、農業所得標準を適用した推計課税を必要としていと考えられる。また、農業所得標準による推計課税は、推計を受ける納税者とは無関係な、客観的な基準を用いて適用されるものであるため、当該納税者に対する農業所得標準による推計課税の具体的な妥当性が必要となってくる。例えば、地力による格差を適用するなど、標準率が客観的な外形的要素を失しないように細密化をはかることや、災害減算標準の適用などによって、個々の納税者の具体的な事情を考慮することが可能となるようなものとしなければならない。また、標準率自体の例外規定に限らず、個々の納税者の特殊事情も考慮されるようなものでなければならない。

農業所得標準が、合理性・妥当性を有するものであっても、それは標準作成地域内の耕作作物別の平均値であって、これによって算定された所得金額と当該納税者の真実の所得金額との間に乖離が生ずることは否めない。このため学説は、税務行政の内部における申告内容のチェックの尺度（部内基準）として使用するにとどめるべきとしたり、所得標準率のような行政機関の準備している一般的基準により算出される課税標準等は、その基準が、いかに一般的な合理性を備えているものであっても、特定の、その調査における特定の事実の確認が、実体的な一般的合理性を備えているか否かを判断するために、その税務行政機関内部において用いる調査の実体上の尺度として使用できるとしても、更正・決定の内容を構成しうるものではないとしている。これは、他の推計方法にも多少なりとも存在する問題であって、農業所得標準による推計方法独特の問題ではない。むしろ、記帳等に依存することができない場合において、課税庁が課税処分等を行う場合に推計課税の方式は、単に課税庁内部の方式にとどまるものではなく、間接的な事実を通じての課税事実の認識又は把握の一方式として、納税者側と課税庁側に共通する制度的存在であると考えられる。

農業所得標準による課税の弊害として、記帳等を行っている農家において

は、収支実額計算による所得算定の結果が、農業所得標準による算定の結果を上回った場合であっても、収支実額計算による申告を行う可能性は低くなり、常に農業所得標準で算定される所得金額以下の金額でしか申告が行われないという状況が発生することになるのである。

これらの問題は、農業所得標準による申告を容認する限りは、解決できない問題であり、完全に克服するためには収支実額計算に転換する必要があるのではなかろうか。

医療過誤における損害賠償の法理

——過失認定の法理について——

篠原将史

現代社会は科学が広く発達し医療技術の発展や新薬開発により、多様な治療法から病気や怪我から回復できるようになり、死亡率は低下し、寿命も長いものとなった。また健康保険制度その他、国家の医療政策の進展に支えられて社会の多くの人々が厚い医療の恩恵を受けられるようになった。

しかし、技術の発達に伴い医療に対する期待も高まり、トラブルも多発するようになった。それを裁判によって紛争解決を図ろうとする傾向が、医療紛争発生増加の背景と考えられる。特に近時の医療事故ならびに医療紛争の裁判の経過が各報道機関により連日のように取り上げられ、また次の医療紛争を招くという循環も考えられ、現在まで医療紛争は年々増加の傾向にある。

その医療過誤訴訟は一般の損害賠償請求とは異別な特殊性をもち、民事法制の落し子として、一般的な民事訴訟とは一線を画しているといえよう。よって本稿では事実認定の側面における困難性の他で、各種の法理論の構成の立て方についての問題を考察している。特に医療過誤の発生・結果に対して医師の民事責任の追及について具体的・实际的処理を可能とする理論構成、その為の一種の価値観点の確立が急務とされているにも関わらず、今だ各々事件における個別的な解決に委ねられ、医療行為にしたがって医療過誤の特殊性を考慮した法律の解決基準が、必ずしも十分な定義を持って明示されていないと考える。

これには、当然ながら医療行為という複雑な構造、及び主体の特異性といったものが理由となって、法理論の統一的構成を阻害しているという事実はあるが、医療過誤裁判における民事上の判例をフォローしてみると、主として不法行為に関するものでは、一般に診療行為や治療に関する医師の過失の認

定については慎重であり、明らかに医療側の初歩的なミスが認められるケースはさておき、医学的見地からみて高度な判断ないし裁量を要する事項、すなわち問題の裁定が個々の場合の具体的な事情に依存することが大である場合については、ほとんどは医療側の過失責任を否定する結果に終わっているという結果が見て取れるのである。

この結果から考えるに、医療の特殊性を考慮して、医療の診療行為に関する判断、すなわち処置の自由といった裁量の余地を残す必要性は、医療が消極診療によって医療全体が萎縮し、ひいては医学の進歩を阻害しないためにも高いことは明らかであるが、この医療側が診療行為に際してその裁量の限界はどこまでなのかといった学理・学説の問題が発生する。

医療過誤事件は近時ますます増大し、原告の勝訴率も漸増の傾向にあるが、債務不履行構成による場合、或いは不法行為構成をとる場合においても、法律問題を処理しない限りは、事態の進展と問題の公平な解決は求められないと思われる。

というのも医療過誤訴訟における事実認定の特色、その過失判断における特異構造は、医療過誤訴訟の研究のためにも十分理解されるべきであり、その内容の分析と法解釈への反映に、一層の努力が払われてよいだろう、そして、このような認識との関係において、医療過誤の実態把握、主張ないし証明責任の調整、訴訟理論との結合、さらに、経験則による事実認定と評価などが、一連のものとして解決されなければならないことが、すでに示唆されているというべきである。

本稿では以上のような特殊な問題点を踏まえたうえで、医療過誤訴訟の民事上における最重要であろう判断基準である過失の認定、過失責任の存在について、どのような基準によって判断するのが具体的に妥当であるのかを考察している。

メインとなるのは過失責任のあり方についてであり、民法415条に基づく債務不履行責任を利用する場合と、民法709条の不法行為を用い責任を追及する場合での医療行為ごとに過誤類型を分析し、過失認定判断そのものの理

論について注意義務に焦点を当て判例を織り交ぜて過失の推定のプロセスについて展開している。また総括として、法律的に過失責任を明確にできる法制度も紹介し、医療過誤とその訴訟への理解とともに、事態に即した解決への軌道を探ってみた。

《不動産法研究》

サブリース契約の法的性質と賃料減額請求

中 澤 功

80年代から始まった景気の拡大基調により地価が高騰し、それに合わせるかのようにオフィスの需要が求められた。バブル期当時は建築ラッシュであったが、にもかかわらず、需要に供給が追いつかず、すぐに満杯となる状況であった。地価の高騰により土地取得が困難となり、仮に土地を取得し、オフィスビルを供給したとしても、その資本を取り戻すことは容易ではない。

そこで、不動産業者（サブリース業者）は、土地を取得せずにオフィスビルを供給する手段として「サブリース」を利用することとなった。

サブリース（sublease）とはまた貸しの意味を持つが、ここにいるサブリースとは、サブリース業者（賃借人）が建物所有者（賃貸人）から建物一棟（または建物の大部分）を一括して賃借することをいう。しかし、ただ建物を一括して賃借するだけでなく、建物所有者から転賃借について事前の承諾を得て、サブリース業者は建物を自らの計算で第三者（転借人）に転貸して利益を得ようとするものである。つまり、建物所有者に支払う原賃料と転借人から支払われる転賃料の差額がサブリース業者の利益となる。

このような契約が普及した要因として、サブリース業者には、土地・建物の取得に対して莫大な資本を投下せずにオフィスビルを供給できること、建物所有者には、「賃料保証」によって安定した収入が長期間にわたって確保できる等、それぞれの当事者に大きなメリットがあったからに他ならない。

しかし、バブルの崩壊により、地価の急激な下落、オフィス需要の減退、オフィスの空室率の増加に伴い賃料相場が下落していった。賃料相場の下落により、サブリース業者は「賃料保証」を維持できなくなり、建物所有者に対して減額請求を行わざるを得なくなった。減額請求は主に借地借家法32条

(32条)によって行われているが、この減額請求は認められるか、サブリース契約は32条の適用の前提となる賃貸借契約であるのか、これらの問題を検討していくことが本稿の目的である。

サブリース契約は賃貸借契約であるか否か、その法的性質は何であるか、判例・学説共に判断は多様である。本稿で検討した判例は当初、旧借家法の段階から賃貸借契約であるとしており、現行借地借家法が施行されてからも賃貸借であるとしたものが多い。しかし、賃貸借性を否定した判例も少なからず存しており、判例の対応は流動的である。学説では、(1)民法601条の要件に該当するものとして賃貸借であるとする肯定説、(2)サブリース契約と賃貸借契約を比較し、その相違から賃貸借契約ではないとする否定説、(3)サブリース契約の実体を把握し、それぞれの解決策によって対処していく実質説、に分けることができる。

次に、減額請求が認められるか否かについては、減額を請求する手段が32条によるものと事情変更の原則によるものと分かれている。

32条による減額請求はサブリース契約の法的性質に関係している。判例は、(1)賃貸借であるとして32条を適用し、減額を認める判例、(2)賃貸借ではあるが32条1項にいう「借賃が……不相当となったとき」との要件に該当しないとして減額を否定する判例、(3)賃貸借ではないとして32条の適用・減額を否定する判例、と結論が分かれている。一方、学説においても判例と同様、それぞれの結論は分かれている。

事情変更の原則の原則による減額請求について争われた判例は少ないが、バブル崩壊による経済変動は予見できなかったと容易に認めている傾向にあるといえる。しかし、学説では、事情変更の原則の適用要件に対して厳格に判断しており、その適用を否定している。

これらを検討した私見として、まず、サブリース契約の法的性質については、民法601条に該当するか否かのみでその法的性質を決定する肯定説は、硬直的であり賛成できない。サブリース契約は賃貸借契約との相違点が多く、その実体は「共同事業」契約であると考ええる。

減額請求が認められるかについては、賃貸借契約とはいえないため32条の適用は否定されるものであり、事情変更の原則においてもその適用要件を満たしてはいないため、サブリース業者の減額請求は認められないと考える。

判例・学説は集積されてきているが、確定的な判断がなされていないため、最高裁による判断が待たれるところである。

退職金制度の研究

——雇用の流動化を中心として——

川 勝 昇

わが国の退職金制度は、終身雇用制と年功序列賃金制を基礎とする雇用慣行の中核的制度として発展・充実してきた。ところがバブル経済崩壊後、雇用の流動化が進む時代に突入するに及んで、退職金を巡る実態と法制度に急速な変化がみられている。したがって、制度面においても現況に即応する形での再構築が必要である。

そこで本修士論文は、今日的退職金の意義等を主張し（第1章）、従来の法理、法解釈の根本的再検討を試み（第2、3章）、労働法学の見地からは如何なる退職金制度が望ましいかを明らかにするものである（第4章）。

第1章 退職金の意義と退職金制度

退職金が労働条件の一つとして定められている場合、労働契約終了後の生活保障の根幹をなす生活の資として本質を捉え、労務管理の面でも重要な柱の一つとなっている点に意義が見い出せる。ところが、退職金はもとより労働者の当然の権利としてあるものではない。使用者が労働契約の内容として制度化させることによって始めて請求権が発生する。

その退職金制度は従来の役割が希薄化し、今日では中途退職円滑機能及び雇用調整機能としての役割を多くの点で果たしていると考えられる。

この章の狙いは、退職金の実態面・制度面で変容していることに着目し、従来の日本的雇用慣行の象徴的役割を果たしてきたものと、雇用の流動化が進む今日との違いを明らかにすることによって、制度とは一定の必要性に基づいて形成され、次の時代への適合性を有することにより始めて存続・発展しうるものであるということを主張する点にある。

第2章 退職金の法的性格

退職金の法的性格をどのように解するか。この問題は労働法学上の退職金を考える際、基礎的前提をなす。裁判においては、退職金が労働の対価としての賃金かという経済的な意味における問題ではなく、労基法11条の賃金に該当するか否かが争点となる。

退職金の法的性格は、功勞報償説、賃金後払説、生活保障説がある中で、労働の対価であり、労基法11条にいう賃金であると解するとともに、法的性格は賃金後払説に立つべきであるという確信を得た。

第3章 退職金規定の効力

退職金制度に関する紛争は多いと言われるが、今日、果たしてどのような問題が争点となっているのであろうか。この疑問を解明することから始めた。すると、判例件数は2000年迄の5年間に121件が数えられ、その中でも退職金減額等の個々の労働契約に関する問題、すなわち、労使間の個別的合意の存否や個々の労働者を主体とする労働条件紛争として争われる場合は、集团的・画一的決定の必要性から就業規則の変更に関して争われる場合が、雇用の流動化の進む中では重要な問題である。そこで、“退職金の不支給・減額規定の効力”と“就業規則における退職金規定の不利益変更”に関する問題の検討を試みた。

第4章 退職金制度の展望

わが国の退職金制度はどのような方向性を持つべきか。すなわち、1990年後半以降に問われる退職金制度の再構築の問題である。

米国では、エリサ法（Employee Retirement Income Security Act）の下、受給権保護を最大の目的としている。同法における基本概念は、退職金が没収できない権利であり、その時点までの勤務に対応する確固とした権利であるという賃金後払説に立つ。

今後、わが国の使用者も賃金後払説を全面的に認めるべきである。その上で、雇用の流動化に対応し得る制度に変更すべきである。

すなわち、賃金後払説に基づく退職金規定に変更するとともに、経営組織法の観点から成果・能力主義を反映させ、かつ、労働者保護法の観点から転職労働者に不利益とならない制度、それは、全期間職能ポイント制退職金制度が適していると考ええる。

結語に代えて

退職金制度が労働条件として形成されているならば、労働条件が人間としての生活にふさわしいものを要請するという「人間の尊厳性」の理念から思考すべきである。さらに、労使関係を対立概念から考えるのではなく、連帯共同という視座に立って考えるべきである。いわばそうした思考方法こそが、わが国の退職金制度を未来永久に発展させることにつながるという考えに至った。

《民事訴訟法研究》

裁判外紛争解決（ADR）制度に関する一考察

——わが国とアメリカ合衆国における
比較法的検討を通して——

橋 本 英 男

社会が成熟・複雑になった今日、人間関係や企業の権利が多様化・複雑化するに伴い、紛争も多様化・複雑化し錯綜するようになったため、紛争を迅速・適切に解決しようとするならば、訴訟だけでは対応できないのが現状である。

私人間の私権に関する紛争を公権的に解決する制度である民事訴訟の対象は、元来私的自治の原則が妥当する領域であることから、紛争の解決方法においてもできる限り当事者の意見を尊重することが望まれる。

そのため、民事紛争の解決方法として、まず、当事者間で話し合いの場を設定し、中立の第三者が関与しない、2面的な構造をとる相対交渉がある。

これに対し、第三者が介在する3面的な構造をもつ紛争解決方法として、国家権力による強制的紛争解決方法としての訴訟と、当事者の合意に基づく自主的解決方法としてのADR {オルタナティブ・ディスペュート・リゾリューション (Alternative Dispute Resolution) の略語で、「代替的紛争解決 (処理)」と訳され、判決によらない民事紛争の解決 (処理) 方法のことを言い、訴訟上の和解や調停・仲裁を指す} がある。

本稿では、本論の第1章において、1でADRの意義をその本質的意義に遡り、2でADRの欧米における変遷と、わが国のADRの変遷を(1)調停制度の成立期から第2次世界大戦後まで、(2)第2次世界大戦後から1974年の民事調停法改正時まで、(3)その後現在に至るまで、の3期に分けて検討し、3でADRの利点を挙げ、4でADRの特質を挙げ、さらに、5でADRの諸機能について検討する。

本論の第2章では、わが国のADRの分類と現状を、1でADRの分類の視点を示し、2で設置主体を基準とした分類、3で手続構造を基準とした分類、4で紛争解決結果の効力ないし拘束力による分類、さらに、5で手続目標による分類を行い、検討する。

本論の第3章では、アメリカ合衆国のADRの実情を、1で概観し、2で1990年の民事司法改革法（Civil Justice Reform Act of 1990）の制定について、3で1998年の連邦ADR法（Alternative Dispute Resolution Act of 1998）の制定について、4でアメリカ合衆国のADRの方式について、5でアメリカ合衆国のADRからの示唆について検討する。

本論の第4章では、ADRの課題を、1で紛争解決制度の法的正当性の保障、2で当事者の手続的公正の保障、3でADRの裁判制度との連携、4でADR相互間の機能的手続連携（ネットワーク）の形成、5でADR基本法の制定、6でADR専門家の養成、7でADR総合センターの設置の7点から検討する。

結論では、1で司法制度改革審議会が最終意見でADRに付与した独自の位置付けから導出される認識について、2でADRと裁判所の最善の組合せ（ベスト・ミックス）について、3でADRが正しく機能するための考慮点について、4でADRのあるべき体制についての構想を各々検討し、5でADRは利用者のためにある制度と見る視点から、以下のような私見を述べる。

それは、（1）ADR基本法の必要性、（2）多種多様なADRの必要性、（3）訴訟とADRの連携の必要性、（4）「ADR総合センター」設置の必要性、（5）中立人確保のための法曹人口の拡大の必要性の5つの必要性から、どのように良いADR制度を創設し整備しても、それを担う中立人となる弁護士の意識革命が進まなければ、真の意味でのADR利用者に利益をもたらすADR制度を実現することは不可能であり、弁護士は独立かつ公正な中立的活動をし、高度の倫理規範に服すべきものであるとの自覚を常に維持することが、何よりも重要なのである。

《民事執行法研究》

建物差押えの効力と借地権に関する一考察

藤 本 竜 洋

本稿においては、建物の差押えの効力と借地権に関する一考察として、借地権付き建物の競売をめぐる諸問題について考えた。これは実務上、借地上の建物に対する強制競売、不動産競売の場合に、特に、都会地の場合には、物件価格のうちその敷地利用権の価格が大半を占めるのが現状といわれており、買受希望者としては、買受に際して、この敷地利用権を承継取得できるかどうか最大の関心事になっている。よって買受人保護のためには建物とともに敷地利用権を買受人に移転させるべきであり、一般的にはそのような方向で解されているといえる。まず第2章では、借地権付き建物についての抵当権設定と借地権の処遇として、抵当権の効力が借地権に及ぶかということについて判例・学説を検討し、買受人保護の観点から、借地上の建物に設定された抵当権は、原則として、その建物の敷地利用権にも効力を及ぼし、抵当権が実行されて建物所有権が買受人に移転した場合には、買受人は、同時に敷地利用権をも取得するものとするのが、従前から、判例・学説の一致して認めるところであることが分かった。

次に、第3章では、借地権付き建物の強制競売における借地権の処遇として、差押えの効力が借地権に及ぶかということについて、判例・学説を検討した。判例・学説を概観して分かったことは、差押え効力の及ぶ範囲については、抵当権の効力の及ぶ範囲と一致すると解されているといえることである。すなわち、差押えの効力の及ぶ範囲は、強制競売による差押えであるか、不動産競売による差押えであるかを問わず、抵当権の効力の及ぶ目的物の範囲に準じて考えることができると、一般的にされているのである。したがって、借地上の建物についての強制競売にあたっては、建物の差押えの効力は、

原則として、その敷地について建物所有者が有する土地利用権に及び、強制競売手続きによる売却の効果、買受人は建物の所有権とともに敷地利用権を取得することとなるといえた。

そして通説は、その理由として、抵当権の効力が及ぶ目的物の範囲は、不動産競売において、不動産とその利用上一体関係に立つ目的物をその結合関係において有する経済的価値を維持しつつ、買受人に移転させるべきであるとの考慮によって定められているというべきであり、その同じ考慮は、強制競売の場合にも当てはまるはずであるからと説明していた。

以上のように、第2章、第3章にわたって、借地権付き建物の競売による借地権の処遇について判例・学説を中心に考察してきた結果、私は次のような考えをもつに至った。

判例・通説は、差押えの効力は、その不動産の抵当権の効力の及ぶ範囲と同一に解してよいとし、抵当権の効力については、借地上の建物の抵当権の効力は、従たる権利である借地権にも及ぶというのが、これまでの通説・判例であるから、これによれば、借地上の建物の差押えの効力も抵当権の効力の及ぶ範囲と同一の理論構成によって借地権にも差押えの効力が及んでいることになるが、その理論構成は、現在の借地権の価値から考えていくと、判例・通説のいうところの、借地権が従たる権利とか、あるいは附加一体の権利とは必ずしもいえない場合が多く存在し、むしろ場合によっては、建物が借地権の従物であるという場合も十分考えることができ、そのような、建物自体の価格より借地権の価格のほうがはるかに高い場合を考えると、現在の判例や通説のように「従たる権利」という表現を使うことは、現在の借地権の価格からいうとずれてしまう場合が多いのではないかと考えるようになった。よって、現在の建物と敷地利用権としての借地権との関係をもう一度整理して考える必要性があり、借地権付き建物の競売において借地権の処遇を考えるうえにおいても、重要な観点であると認識した。

また、理論上は、借地権付き建物の差押えの効力を前述のように考えて、借地権付き建物の買受人に、建物とその建物の利用上最低限度必要となる敷

地利用権としての借地権を移転させるとすることは、妥当性を有し可能であるとしても、これに対応すべき実体法上、手続法上の効果を、どのようにして民事執行法上実現していくかという論点が残されており、従前論じられることの少なかった点であるといえ、問題点も今だ十分出そろってない分野であると考えられる。

以上のような考察の結果、借地権付き建物をめぐっては、これからの課題として、考察すべき問題が、特に手続き的面に多く存在していると認識した。今後も研究の課題として考察していきたいと考える。

株主代表訴訟と企業防衛—主として不当な 提訴請求と訴え提起への対応について—

——Defending Against Shareholder

Derivative Actions——

上 野 富 敏

序論

本論文は「株主代表訴訟と企業防衛」について、会社および取締役の立場から、主として株主の不当な提訴請求と訴え提起への対応について研究を進める。

対策として被告取締役による①「担保提供の申立て」②「濫訴を理由とする訴え却下の申立て」並びに会社による③「取締役への補助参加」④「訴訟上の和解」を取上げる。

株主代表訴訟は、会社法上の制度であるとともに訴訟法上の制度である。取締役が会社に与えた損害について、株主が法定訴訟担当として「会社のために」取締役の責任を追及し、その損失の補填を図る制度である。事実、その反射効果としての抑止機能によって、経営者に善管注意義務や忠実義務を履行させる主要な推進力となってきた。

他方、株主代表訴訟自体もまた濫訴の可能性を孕んでいる。立法の趣旨に反した、訴権の濫用と認められる訴えもあり、担保提供を命じられながら不提供のため却下されたり、和解により終了した数多くの事例からも窺えることができる。

本論

提訴請求を受けた監査役は会社の代表として、株主の請求要件の形式・実

質的な審査の上、提訴後60日以内に会社の方針を決定しなければならない。

株主からの提訴請求を受けるのは監査役であるが、原告となる株主に会社が訴訟参加する以外の、訴訟手段をとるときの申立人は、担保提供の申立ての場合は、被告取締役であり、会社が被告取締役に補助参加するときは、代表取締役が会社を代表し、和解については、代表取締役、被告取締役および監査役によるものが混在している。

①「担保提供の申立て」は、依然として被告取締役の有効な対抗手段であり、一時いわゆる「蛇の目基準」が広く支持され多くの決定例もみられた。即ち、担保提供命令は、本案の結果を強く予測させるものであり、当事者にとって権利の濫用を理由とする訴えの却下と同等の効果をもつことになる場合が多い。ただし、「悪意」についての裁判所の理由づけは必ずしも一義的ではない。

②「濫訴を理由とする訴えの却下」が理想的であるが現行の裁判所に期待できる可能性は少ない。

③「会社が被告取締役に補助参加」する目的は、被告取締役を勝訴させることにより会社の法律上の利益を確保することにある。会社を、訴訟構造的に当事者としていないわが国では、むしろ積極的に活用すべきである。

また、明らかな濫訴の場合は、民事訴訟法が片面的独立当事者参加（民訴47条1項）を認めたことから、会社は、原告のみを相手として独立当事者参加すべきであろう。

④「和解」が昨今、担保提供の申立ての認容にかえ相次いで成立している。立法論的には訴訟上の和解を否定すべき理由はなく、訴訟経済の面からも必要ある場合には選択肢の一つである。

株主代表訴訟について、実体法上に新たな規定を設けた商法改正法案が可決・成立しこの度公布されたが、抜本的な制度改革として会社の裁量権を可能にするために、会社の当事者適格と並びに会社の訴訟代表の位置付けを明確にする立法措置を望みたい。

以上

株主代表訴訟における 経営判断の原則に関する一考察

黒 崎 文 恵

バブル経済の崩壊後、機関投資家の増加や株式の相互持合の解消を背景として取締役の経営責任がクローズアップされる場面が多くなってきた。また、平成5年商法改正によって株主代表訴訟が提起されやすくなり、取締役の経営判断についてのチェック機能の強化について注目が集まっていることから、本論文は株主代表訴訟における経営判断の原則がわが国においてどのような形で適用されているかを、適用要件を中心として取締役の責任とのかかわりについて研究を進めるものである。

まず、経営判断の原則には適用要件として取締役の経営判断が忠実義務に違反しないものであることが要求される。三井鉱山株高値買戻し事件は、法令違反行為による忠実義務違反により経営判断の原則の適用の余地がなく、取締役の責任が認められた事例である。もともと日本における経営判断の原則の機能は、アメリカにおけるそれとは異なっている。母国アメリカでは同原則は司法審査を排除ないし抑制する機能を有するものであるのに対し、わが国では裁判所は取締役の経営判断を相当程度尊重すべきとされ、取締役の善管注意義務違反を審査する際の審査基準として捉えられている。本件判決では取締役の善管注意義務と忠実義務に関しては異質説・同質説について特に議論されているわけではないが、同質説の立場からは、取締役の会社に対する責任の発生要件は会社に対する職務につき善管注意義務を尽くさなかったという行為に収められると解される。法令違反の経営判断に故意・過失があったのなら善管注意義務違反となり経営判断の原則が適用を受けることはできないのである。

また、取締役の経営判断には合理的な判断であることが要求される。取締

役の経営判断は、その重要性・情報収集のために費やすことができる時間・費用・その調査をしたものへの信頼など、さまざまな要因が考慮されたうえでなされる高度で複雑な判断である。それを裁量の範囲内の問題として取り扱うためには、取締役がその経営判断に至る過程が当時の状況に照らして合理的な判断であるか否かを厳格に審査しなければならない、また経営判断の内容についても、抑制的な態度が必要とされるところではあるが裁判所が立ち入らざるを得ないと考えられる。「善良な管理者の注意」としか書かれていない取締役の注意義務についての審査基準は今後、より明確にされる必要がある。

さらに経営判断の原則の適用要件として会社の最大の利益になるという判断であることが要求されるが、この判断は取締役の法令違反行為と深くかかわる問題である。野村證券損失補填事件における最高裁判決は、取締役らが損失補填行為の独占禁止法違反の可能性を認識できていなかったことについて過失を否定している。取締役に法令遵守義務があるが、取締役の経営判断についてその違法性を認識することが可能でない状況が合理的と判断されるなら、そこには法令違反行為、即、善管注意義務違反という図式はなりたたないと考えられる。また取締役の経営判断が会社の最大の利益になるものであったとしても、その行為そのものが法令違反であることを認識していた場合には、取締役が保護されるべき裁量権の範疇からは逸脱したものである。

以上のように日本においても経営判断の原則は適用されているのであるが、しかしながら、同原則が判例法上発展してきたアメリカにおいて浸透しているのとは異なり、わが国では同原則は浸透しているとまでは言い難い状況にあると思われる。いまだコーポレート・ガバナンスそのものが確立されていないわが国では、そもそも会社は誰のものかという基本理念の欠如やコンプライアンス体制の遅れといった面から、同原則が浸透するとは思えないからである。日本企業は長い間、所有と経営の分離が極端に進んだなかで経営を行ってきたため、経営をチェックすべき株主が不在であった。取締役の経営責任が社会全体のなかで問題とされること自体がほとんどなかったのである。

経営判断の原則の適用が議論される前にまず、日本におけるコーポレート・ガバナンスの徹底が必要であり、遵法精神が日本に定着するようになれば、経営判断の原則が正面から採用される可能性があると思われる。

《会社法研究》

株主代表訴訟と取締役の忠実義務

——経営判断の原則を巡って——

金子 麻 美

バブル経済の崩壊後、わが国の企業では、最適なコーポレート・ガバナンス（企業統治）を構築すべく、取締役・監査役制度の改革など、様々な取り組みが行われている。しかしながら、それらは未だに継続中であり、確固たるコーポレート・ガバナンスが法制度上、確立されているとは言えない状況にあり、その早期確立が求められている。

株主代表訴訟制度は、昭和25年の商法改正によりわが国に導入されたものであり、当初より長い間、濫用もされず、活用もされていない制度⁽¹⁾であった。その後、平成5年の商法改正により、訴訟の目的額が一律95万円とされ、それにより提訴手数料が8,200円とされたことや、その当時のバブル経済の崩壊により、企業における不祥事が立て続けに露呈されたことが契機となって、提訴される数が増加してきた。

このような状況の下で、株主代表訴訟はコーポレート・ガバナンスの実効性を高めるうえで重要な手段の一つであると言える。しかし、昭和25年の商法改正により導入されて以来、制度全体の見直しが行われていないために、制度上の不備・問題点が残されたままとなっている。

株主代表訴訟の提訴件数は昭和25年から平成元年までの40年間は新受件数が年平均0.25件であったのに対し、平成5年の商法改正から、1年間で新受件数は86件にのぼり、最も多い平成11年は、高裁・地裁を合わせた係属件数は220件⁽²⁾にものぼっている。提訴件数の増加や定着は、無論、それ自体が制度の濫用を意味するものではないが、会社経営者たる取締役らの間に、株主代表訴訟の濫用（濫訴）に対する過大な不安をもたらし、また、濫用に対しては現行商法上では十分な手当がなされていないのではないかという主張も

聞かれることが多くなっている。

企業とは、取締役と委任関係を結び、取締役の見識と能力により、利益追求を究極の目的とするものである。それ故に企業経営には多少の冒険とそれに伴う危険がつきまとうところ、取締役の行った業務執行が結果として失敗に終わり、会社に損失を生じさせた場合、取締役がそのことに対して当然に責任を問われることになったのでは、業務執行における取締役の行動を萎縮させることになり、会社の事業機会が失われることになってしまう。このような事態を対処すべく「経営判断の原則」が早くから判例⁽⁴⁾においても承認されてきている。但し、この原則とは、現在でも明確に規定されてはいない。

取締役が濫訴等の心配にわずらわされることなく会社経営に専念でき、ある程度は取締役の責任を「経営判断の原則」によって守ることができるような法体制を整え、企業が萎縮することなしに健全な経済活動を展開することは、わが国の産業が国際競争力を確保し、低迷をつづける経済に歯止めをかけるためにも極めて重要であると考えらる。

平成13年12月に第153回臨時国会の開会中に、株主代表訴訟制度の見直しに関して、取締役の責任の上限を定めるなど、商法の一部改正が可決・成立している。そしてさらに、1月21日より開会された第154回通常国会においても、監査役制度の廃止や、社外取締役の起用を促す改正法案についても審議される見通しである。平成9年ごろから課題とされていた、商法改正が、平成13年に入り、やっと動きだし、現在ではそのペースが急速に上がっている。

しかし、取締役の賠償責任の軽減（損害賠償金額の上限規定の設定）や、監査役機能の強化が行われても、それだけではコーポレート・ガバナンスの目的が達成できるものではないと考える。それ故に、早期にわが国において、会社法の根本改正となるであろう、コーポレート・ガバナンスが法体制として確立されることを望むのである。

また同時に、株主代表訴訟が有効に活用され、一方では会社の取締役が萎縮することなしに、究極の目的であると言われる、利益を追及するというそ

の役割を果たし、会社を機能させ健全な経済活動を展開できるような、法体制を整備することこそが、低迷が続いている社会経済を立て直す一助となることであると考えらる。

- (1) 田中英夫＝竹内昭夫『法の実現における私人の役割』（東京大学出版会、1971）45頁。
- (2) 民事訴訟費用法4条2項の規定を類推適用して、訴額を95万円とした。
- (3) 朝日新聞 平成13年11月24日付朝刊。
- (4) 経営判断の原則について参照：神崎克郎『取締役制度論』（中央経済社、1981）83～84頁。

取締役等の説明義務が果たす コーポレート・ガバナンス

小林悦子

近年、日本の企業において関心が高まってきている「コーポレート・ガバナンス」であるが、そのイメージは必ずしも統一されたものではない。わが国における商法典は、当初ドイツ法の視点に立つものであったが昭和25年改正によって英米法の思考が色濃く反映されるに至った。このような法典の混乱がコーポレート・ガバナンスに対する印象の不統一を招いている一因かもしれない。わが国においては両者を融合し適切な形で現出させることが重要であり、現在は進むべき方向を未だ模索している最中のようにも思われる。そこで株主総会制度の流れを再確認し昭和56年改正において新設された取締役等の説明義務の意義を今一度問い、今後の株主総会のあり方についても検討を加える。

現在のような株主総会制度を批判する意見もあるが、いくつかの理由から株主総会制度自体は存続するべきであると考ええる。では株主総会はコーポレート・ガバナンスを実現する手段たりえるのであろうか。株主総会をコーポレート・ガバナンスの実現の一手段とするのであれば、そこでは、株主に対する情報の開示が最重要課題となる。本稿ではこの点に着目して取締役および監査役の説明義務を情報開示のための手段、ひいてはコーポレート・ガバナンスの実現手段のひとつとなる可能性について検討する。

株主が会社に対する何らかの判断を下すうえで必要不可欠なのが会社に関する情報である。説明義務は情報開示の機能を有しているが、通説はその機能を議決権行使のための判断資料の提供に求める。一方、少数説に投資判断資料の提供も含めて広くとらえ、あらゆる株主権の行使を助けるものという見解があり、これに賛成である。このようにとらえることで、説明義務は株

主が会社の株式を保有するか否かという形で資本市場によるガバナンスが実現できるのではないかと考えるためである。

会社を契約関係となし、取締役が会社に対してのみならず個々の株主とも契約関係に立つとみるアメリカ法に対し、ドイツ法は株主と取締役との間に監査役会が介在し、団体的な法処理をする発想がみられる。説明義務（ドイツでは「株主の解説請求権」）についても、株主総会のなかでのみ予定されている。これは、日本と同じである。ドイツにおける株主の解説請求権に関する現在の通説が、株主の質問権を、議決権だけでなく、あらゆる株主権の行使を助けるものとしてとらえるものであることを考えるとき、わが国の説明義務の規定は「会議の目的たる事項の合理的判断のために必要な限り」との条件がないだけ緩やかであるとすらいえる。このドイツの通説の見解は日本においても採用されるべきであると考ええる。

以上のことから、わが国における通説のように総会参与権の一内容として議決権の派生的権利として考えるのはあまりにも狭く解しすぎているといえる。しかも、判例の流れを俯瞰すると、説明義務として取締役等が説明すべき事項が非常に狭く限定され、他の開示手段との関係があいまいになっているように感じられる。経営者が年に一度の株主総会を緊張して迎え、できれば早く何事もなく終わらせたい—この気持ちが長年大きな問題であった総会屋という歪んだ形で現出してしまったことはいうまでもない—という事実からは総会場で株主を前に説明を行うという事実そのものも、説明の内容に負けず劣らず重要であるといっても過言ではないように思う。また、上記のように説明義務をとらえる立場からは株式保有判断の補助手段的権利すなわち、株主の投資利益を保障する権利としてとらえることも可能である。取締役等の説明義務として規定されている株主の質問権は、単独株主権である。このことは説明義務に資本多数決の修正を求めるものといってよい。にもかかわらず、これを総会参与権から派生する議決権の行使のためのみに行使目的を限定すると、株主総会が法人を中心とする一部の大株主と、それに支えられる経営者のみが圧倒的な支配力を有する結果となり、少数株主は何の興

味も持つことはないであろう。単独株主権であること自体がある種のカバナンスを果たしている、または果たすべきであるといい得ると思う。このような考え方は株主総会自体における議論に大きく期待せず、経営については開示を行うことで個々の株主に判断を委ねるというアメリカの考え方と大きく異なるものではない。ドイツでの最近の通説との整合性からも、また近年盛んにいわれるグローバルスタンダードという点でも、以上のように解するのが妥当かと考える。

以上の議論を踏まえた結果、取締役等の説明義務は会社の情報の開示を促進し、株主のあらゆる権利行使の判断材料となることによって経営者のコントロールを可能とし、コーポレート・ガバナンスの役割を果たすものになり得ると考える。

《会社法研究》

株主代表訴訟における被告適格

——会社の補助参加の可否に関する私見——

伊 藤 敦 樹

株主代表訴訟は、株主が会社に代わって、取締役に対して、会社への損害賠償請求を求める訴訟であることから、表面上は、会社が被告取締役へ補助参加することは、会社が敢えて自らの権利、すなわち会社への損害賠償請求権を否定するために参加するという行動は、背理とも言える。しかし、会社が被告取締役へ補助参加することを認める説、すなわち肯定説は、損害賠償請求権という訴訟物とは違った根拠から、自らの説を理由付ける。それは、コーポレート・ガバナンスという視点である。そこで本論文では、株主代表訴訟において、会社が取締役と共に被告として参加することが、なぜコーポレート・ガバナンスにおいて必要とされるのか、また会社が補助参加することについての法的根拠は何であるかを検証することを主題とする。その際、肯定説と否定説の見解が分かれる根拠となる民事訴訟法42条の「補助参加の利益」につき、詳細な分析を行う。

民事訴訟においては、裁判をうける権利の具体化として、手続が保障されている。では会社の意思決定に関する適法性に関する主張については、会社には手続は保障されているのだろうか。また会社が補助参加することの手続を保障するためにはどのような根拠が必要なのか。そこで民事訴訟法42条という補助参加の利益を会社にも認めることで、会社が株主代表訴訟において、取締役に補助参加するための根拠となることを説明していく。

しかし、取締役の補助参加を否定する説も紹介しておかねばならない。会社が被告取締役側に補助参加することについて、訴訟構造論から、会社の補助参加を否定する説は以下の理由から否定する。

本来の権利主体である会社が、義務者たる被告取締役側に参加することは

論理矛盾であること、会社は被告取締役が勝訴すれば、自己の権利を失う結果となるから、民事訴訟法上の補助参加の利益が認められない、といった点である。すなわち、訴訟物が、会社の被告取締役に対する損害賠償請求権であるにもかかわらず、会社が被告取締役側に訴訟参加することは、あたかも、自己の権利を否定することを目的として訴訟参加する形になるから、背理であると考えからである。

しかし、株主代表訴訟をコーポレート・ガバナンスの一手段として捉えた場合、意思決定の適法性が組織法上の利益と認められる限り、補助参加の利益を認めることは背理ではないと考えるのが妥当であると考えられる。

そこで、民訴法42条を根拠に会社の補助参加を認める説を導く。株主代表訴訟において、会社の被告側への補助参加が、民訴法42条でいう、補助参加の構造に合致するかどうかという点を考える必要がある。

民訴法42条における補助参加が認められる要件は、「訴訟の結果」について、補助参加人たるべき者が、「利害関係を有する」ことである。この「訴訟の結果」と「利害関係」を併せて、「補助参加の利益」という。

補助参加の利益の基礎を考えるにあたり、ここでは、大別して二つのアプローチを紹介する。一つ目のアプローチとして、「主張立証を行う利益から補助参加の利益を考える」説がある。二つ目のアプローチとして、「①補助参加人自身の地位ないし利益と、②補助参加人の法律上の地位と補助参加の対象となる訴訟との関連性の問題の二つを合理的に区別する」ことで利益を考える説がある。

以上の②のアプローチは、①のアプローチを前提にしつつも、これをさらに発展させたものとして評価されている。株主代表訴訟における、補助参加の利益に限定して、その理由を考えると、会社に対する責任の根拠として主張されている被告取締役の行為が、当該取締役独自の判断に基づくものではなく、会社の意思決定の結果、あるいはその一部としてなされている場合には、補助参加の利益を肯定しているからである。本論文が、コーポレート・ガバナンスの視点から、株主代表訴訟の被告適格を考えるという立場からす

れば、②のアプローチを積極的に支持したい。以下、このアプローチに基づいて、会社の補助参加についての結論を導く。

会社の意思決定の適法性自体が法律上の地位として認められるかぎり、訴訟における争点、すなわち判決理由中の法律上または事実上の判断と、その法律上の地位と論理的に関連しているものであれば、補助参加の利益が認められる。株主代表訴訟においては、判決理由中において会社の意思決定そのものの適法性が判断されるのであるから、補助参加の利益は肯定されるというてよい。

株主代表訴訟における担保提供制度について

田 島 洋

I 我国の株主代表訴訟は、アメリカの制度を参考として昭和25年に導入されたものであるが、その後ほとんど株主によって利用されることがなかった。しかし、平成5年の商法改正により、株主代表訴訟が頻繁に提訴されることとなった。そのため、被告取締役側の唯一の防衛手段としての担保提供制度も脚光を浴びることとなり、ほとんどの場合、担保提供の申立がなされるようになった。しかし、安易に担保提供を裁判所が命じると平成5年改正による株主代表訴訟の活性化が無意味に帰す弊害も生じる。したがって、担保提供命令は、株主代表訴訟の濫用防止と活性化のバランスを考え、慎重に行う必要がある。

II 担保提供制度は、株主代表訴訟制度が導入された昭和25年の商法改正には含まれていなかった。しかし、経済界が株主の権利の濫用を恐れて改正商法の施行延期論を起こしてきたことから昭和26年に追加されたものである。ただし、無資力の少数株主の提訴が不可能になることから「被告取締役側が悪意を疎明したときに限り担保提供を命じることができる。」として、安易な担保提供に歯止めをかけた。しかし、この「悪意」の意義が不明確であることから、学説上、害意説、悪意説等の各解釈が争われている。また、実際の裁判例もいかなる場合にどのような要件で悪意を認定し担保提供を命じるか十分検討されていないことが現状である。その上、担保提供制度は、アメリカでも一部の州で制度化されているが、濫訴防止の効果はほとんど果たしていないといわれている。この実情から模範事業会社法は、1982年の改正の際、担保提供制度の規定を削除した。また、アメリカ法律協会の分析と勧告もこれに同調し提案を行っていることを認識しなければならない。(7.04条

(c) 項)

III まず、担保提供制度の客観的基準を検討する上で、先例となった株主総会決議訴訟の担保提供申立事件を分析する必要がある。株主総会決議訴訟で担保提供が問題となった事例はいくつかあるが、これらの悪意の認定は害意説をとり、本訴請求における理由の欠如等を加味して厳格かつ慎重に判断している。

一方、株主代表訴訟における担保提供申立事件は、最初の事例である東海銀行担保提供申立事件東京地裁決定が、株主総会決議訴訟担保提供申立事件と同様に害意説をとり厳格な立場で悪意を認めず担保提供の申立を却下した。しかし、次の蛇の目ミシン担保提供申立事件は、緩和的に悪意の認定を行い担保提供を命じた。この悪意の認定基準は、蛇の目基準と呼ばれ、その後の判例に影響を与えることとなった。

IV 悪意の認定について蛇の目基準が明示されて以降、現在まで担保提供申立事件は20数件あるが、そのほとんどが蛇の目基準に基づく悪意の認定を行い担保提供を命じている。

V そもそも、担保提供制度とは、被告取締役が原告株主に対してもつであろう損害賠償請求権を担保するものである。しかし、導入の経緯から検討すると、損害賠償請求権を担保することよりも、濫訴防止機能が最大の目的であった。したがって、蛇の目基準による請求に理由がない場合すなわち不当訴訟であるが、この場合は訴訟早期の段階での悪意の認定は必要ない。請求に理由がないことが明白な場合には、この時点で請求を棄却して結審すればよいし、請求に理由がないことが曖昧な場合には、訴訟の早期で悪意を認定せず本案審理に入ってから、検討しても遅くはない。すなわち、請求に理由がない場合は、訴訟早期の段階での悪意認定はないことが望まれる。また、不法不当目的の場合も、提訴の動機・目的が株主代表訴訟の本来の趣旨から逸脱してるからといって常に悪意を認める必要性はない。そこで、不法不当目的として悪意を認めなければならないのは、会社から金銭をせしめることが目的とされる場合と専ら取締役に対する私怨および嫌がらせだけを

目的とした場合に、会社荒らしとして悪意を認めなければならない。さらに、会社荒らしを排除することが目的であれば、過失による場合も含める必要はない。

Ⅵ また、担保提供にあたって問題となるのは、担保の額である。悪意認定基準と関連して、悪意認定が厳格な方法で決定される場合には、高額な担保額を命じてよい。

Ⅶ 最後に、担保提供制度の運用方法と平行して検討すべきことは、原告適格についての裁判所の実質判断の道である。すなわち、株主代表訴訟を提訴する株主として、全株主の利益を公正かつ十分に代表できる適格があるかどうかの判断を裁判所に委ねる制度の確立が望まれる。もし、この制度が確立するのであれば、担保提供制度により極めて困難な原告の内心を立証する悪意の認定より明確であり、担保提供制度自体必要なくなるのではないかと思う。